

Tilburg University

Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat

Adams, M.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M. (2013). Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat. *Nederlands Juristenblad*, 2013(17), 1110-1118. [874].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat

Maurice Adams¹

Onze constitutionele cultuur kan als wat relativistisch, pragmatisch of zelfs badinerend worden bestempeld. Maar iedere democratie rust op de pijlers van legitimiteit en slagkracht. Ter wille van de democratische rechtsstaat zou dat ook moeten worden bewerkstelligd en bevorderd vanuit constitutioneel perspectief. Zonder de *conditio sine qua non* van de geest van vrijheid, pluralisme en solidariteit gaat dat niet. Is die afwezig, dan is een revitalisering van het constitutionele domein een zinloze exercitie. Blijkt er echter ook maar iets van die geest aanwezig dan heeft het wel degelijk zin om ook vanuit een constitutioneel perspectief de democratische rechtsstaat te bevorderen. Want *‘when the spirit of liberty still lives in the hearts of men and women then law, courts, and constitutions are the indispensable oxygen, indispensable to keep that flame of liberty still alive.’* In deze op 24 april j.l. uitgesproken rede roept de auteur op te komen tot de ontwikkeling van wat hij ‘constitutionele geletterdheid’ noemt.

I

De Vlaamse politicoloog Luc Huyse heeft eens geschreven dat elke democratie op twee pijlers rust.² De eerste daarvan is legitimiteit: dat is de overtuiging, aanwezig in brede lagen van de bevolking, dat de politieke instellingen en hun equipage het vertrouwen waard zijn; dat wie de staat bestuurt daartoe ook het benodigde draagvlak heeft. Slagkracht is de tweede pijler: dat is het vermogen van de overheid om dat vertrouwen ook waar te maken.

Voor constitutionalisten heeft dit inzicht uiteraard bijzondere betekenis, omdat constitutionele normen worden geacht de vermelde legitimiteit en slagkracht te begeleiden; onder meer voor wat betreft het erkennen en beschermen van de rechten van burgers, het hun verlenen van een stem, en ten aanzien van goed bestuur.³ Zo zijn de voorbije jaren constitutionele normen een belangrijk onderdeel geweest in het streven om een democratische en rechtsstatelijke cultuur te vestigen en te bevorderen in een heel aantal door conflict en geweld verscheurde samenlevingen:⁴ van Zuid-Afrika tot Bosnië-Herzegovina, in Oost-Europa en in Zuid-Amerika. Het concept van de democratische rechtsstaat, waarover later meer, verhoudt zich daarbij tot het constitutionele als waarden tot normen. Die democratische rechtsstaat kan dan begrepen worden als een abstract principe, dat zich door juridisch meer concrete normen, in de vorm van regels en beginselen, wil laten realiseren.⁵ Dergelijke normen liggen onder meer verrat in een veelheid aan nationale, Europese en internationale regelingen, waaronder, prominent maar niet exclusief, een grondwet.

In meer gevestigde democratieën lijken constitutionele normen soms als een obstakel te worden ervaren voor wat diegenen die de politieke instellingen bemensen als rechtvaardige, noodzakelijke of voortvarende besluitvorming zien. Om een paar voorbeelden uit eigen land te geven: het vereiste van parlementaire informatie vooraf bij deelname aan militaire operaties wordt zo restrictief uitgelegd dat het parlement buiten spel komt te staan;⁶ uitvoering van Europese richtlijnen geschiedt soms niet bij wet in formele zin, zoals behoort, maar bij AMvB (zelfs als die in strijd zijn met de Nederlandse wet).⁷ En wat te denken van het feit dat grote ethische onderwerpen zoals die met betrekking tot abortus, euthanasie, prostitutie en softdrugs, nauwelijks geformuleerd of begrepen worden als constitutionele vraagstukken – onder meer in relatie tot de artikelen 2 en 8 EVRM – maar vooral als reguleringskwestie (‘al dit soort van zaken grijpen nu eenmaal plaats, we kunnen er dus maar beter grip op krijgen door ze onder begeleiding en toezicht toe te staan’). En waarom wordt een debat over de dubbele nationaliteit van bewindslieden niet steviger in het licht van art. 3 Grondwet getoetst?⁸ En is de gretige wijze waarop de Tweede Kamer in maart 2012 de rol van de Koningin bij kabinetsformaties wegdacht niet tevens constitutioneel opmerkelijk?⁹

II

Het zou kunnen dat de directe oorzaak voor de geschetste gang van zaken te vinden is in de systeemcrisis, economisch of anderszins, die heel wat landen al een aantal jaren ondergaan: die zet zowat alle verhoudingen op scherp, ook

de constitutionele. Als de dreiging groot is, meent men weinig houvast te vinden in beginselen, bevoegdheden en procedures die voor een geheel andere situatie lijken te zijn gedacht. Toch denk ik dat voor ons een dergelijke diagnose de kern van de zaak niet raakt, dat het althans tevens om uitingen gaat van iets wat dieper ligt; een kwestie die we zouden kunnen aanduiden met het begrip constitutionele cultuur. Daaronder versta ik hier, kort gezegd, de wijze waarop in een bepaalde samenleving met constitutionele normen wordt omgegaan. Het gaat dan om een meer structureel netwerk van uitgangspunten en daarop steunende praktijken die een bepaalde samenleving met betrekking tot constitutionele aangelegenheden stempelen.¹⁰

In ieder geval wordt in Nederland al jaren gesproken over een sobere cultuur ter zake, en over een grote afstand tussen politiek en Grondwet: 'In Den Haag is er bijna geen politicus te vinden die een debat zou willen winnen of verliezen op de grond dat een in het geding zijnd besluit al dan niet in strijd met de Grondwet zou zijn.'¹¹ Buiten de betrekkelijk kleine kring van constitutionele specialisten en rechtsstatelijk geoccupeerde juristen, lijken er inderdaad slechts weinigen te zijn die zich uitdrukkelijk als hoeder van de Grondwet begrijpen, dus ook niet in de schoot van de organen die daar bij uitstek voor zijn aangewezen, dat zijn regering en Staten-Generaal gezamenlijk.¹² Ook als het om heel wezenlijke kwesties lijkt te gaan, speelt veel van het constitutionele leven zich in ieder geval af buiten de geschreven Grondwet om, bijvoorbeeld in de ontwikkeling van constitutionele gewoonten. En dit met alle onvastheid die dat met zich mee brengt: over politieke partijen, de onafhankelijkheid van de rechtspraak of de vertrouwensre-

gel, is alvast niets expliciets te vinden in de Grondwet zelf. Ook wordt de zelfstandigheid van de Staten-Generaal vooral op indirecte wijze benadrukt, via de bepaling die leert dat elk der kamers haar eigen griffier en voorzitter mag benoemen (art. 61). Over de rechtsstaat en de Europese Unie staat er geen uitdrukkelijk woord in de Grondwet, en een preambule of inspirerende prelude treffen we ook niet aan. De vormgeving van de Grondwet is al met al weinig

De vormgeving van de Grondwet is al met al weinig bevlogen; een 'karakterloos gebouw' waarvan de makers 'slechts spaarzaam door de muze werden bezocht'

bevlogen; een 'karakterloos gebouw' waarvan de makers 'slechts spaarzaam door de muze werden bezocht'.¹³ Ook kenmerkt zich het Nederlandse constitutionele discours niet wezenlijk, zoals bijvoorbeeld in België, door de taal van het behoren en de daaraan verbonden eisen van gehoorzaamheid.¹⁴ Misschien moeten we onze constitutionele cultuur als relativistisch, pragmatisch of zelfs badinerend bestempelen.

Auteur

1. Dit artikel is de geschreven versie van de rede die prof. mr. dr L.H.J. Adams op 24 april j.l. uitsprak aan Tilburg University, bij gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Democratie en Rechtsstaat. De leerstoel is ingesteld door het vfonds (www.vfonds.nl, Nationaal Fonds voor Vrede, Vrijheid en Veteranenzorg). Adams is tevens gewoon hoogleraar Encyclopedie van het recht aan Tilburg Law School. De verbatim-stijl van de rede werd enigszins gehandhaafd. Dank aan de collega's Ernst Hirsch Ballin, Karsten Meijer en Anne Meuwese, allen Tilburg Law School, voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

Noten

2. L. Huyse, *De lange weg naar Neuf-château*, Leuven: Uitgeverij Van Halewijck 1996, p. 7 en 192.
3. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Samenwerking in de waarborging van grondrechten', in J. Gerards en A. Terlouw (red.), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 131.
4. Hierover recent onder meer S. Choudhry (ed.), *Constitutional Design for Divided*

- Societies: Integration or Accommodation?*, Oxford: Oxford University Press 2008 en H. Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.
5. Over de relatie tussen waarden en normen, zie verder onder meer WRR, *Waarden, normen en de last van het gedrag*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2003.
 6. Hierover A. Kristic, *De Staten-Generaal en de inzet van de Nederlandse krijgsmacht*, Deventer: Kluwer 2012 (er werd overigens wel een ruimere praktijk afgedwongen, maar dit was constitutioneel onverplicht).
 7. E. Jurgens, 'Hoe de regering hardnekkig de Grondwet overtrad', *Socialisme en Democratie* 7-8/2007, p. 70-76.
 8. Met dank aan E.M.H. Hirsch Ballin voor het aanreiken van dit voorbeeld.
 9. De wijziging greep plaats door middel van eenvoudige aanpassing van het intern werkende Reglement van Orde van de Tweede Kamer. Zie *TK Handelingen* 2011/12, 32 759 nr. 66 item 6, vergadering 21 maart 2012, p. 26-47. Het is overigens niet zeker of dit strijdigheid met de Grondwet oplevert, met name met art. 43. Maar nader advies en discussie hierover had geen

- kwaad gekund, nu het hoe dan ook een verandering van niet onbelangrijk constitutioneel gewoonterecht oplevert, waarbij de Koning ook steeds naar een vertrouwensrelatie met de Eerste Kamer vroeg! Het betreffende Kamerdebat kenmerkte zich door een vrijwel kritiekloze gedachtewisseling. Alleen Van der Staaij (SGP) manifesteerde bedenkingen.
10. Vergelijk R. Siegel, 'Text in Context: Gender and Constitution from a Social Movement Perspective', 150 *University of Pennsylvania Law Review* 2001, p. 297.
 11. L.F.M. Besselink, 'Constitutionele klimatologie', *Nederlands Juristenblad* 1998, p. 212. Zie tevens over de Nederlandse constitutionele cultuur G.F.M. van der Tang, *Grondwet en grondwetsidee*, Arnhem: Gouda Quint 1998, p. 373-375; *De Grondwet herzien, 25 jaar later*, Directie Constitutionele Zaken, 2008, en de evaluatie van de Grondwet door T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, W. Voermans e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker- of verdwijnpunt?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
 12. Of het zouden die leden van de Staten-Generaal moeten zijn die verklaarden dat ze geen trouw aan de nieuwe Koning wilde zweren of beloven, omdat ze dat al aan de

- Grondwet hadden gedaan. En het ene kan volgens hen niet met het andere samengaan: 'Wij zweren (beloven) dat wij Uw onschendbaarheid en de rechten van Uw Koningschap zullen handhaven', is een al te dure eed, want niet verenigbaar met de plicht 'zonder last of ruggespraak' (art. 67 lid 3) de parlementaire taak uit te voeren. Zie echter art. 3 Wet beëdiging en inhuldiging van de Koning. Bovendien hebben ze ook trouw gezworen aan de Koningin. En is er geen reden die de trouw als een persoonlijke in plaats van als een constitutionele eed op te vatten. Zie hierover het commentaar door E.M.H. Hirsch Ballin bij art. 32 Grondwet op www.nederlandrechtsstaat.nl
13. Hierover G. van der Tang, 'Een Grondwet voor de politieke samenleving', in *De Grondwet herzien, 25 jaar later*, p. 91 en 94.
 14. De recente Staatscommissie Grondwet nam juist daarom de 'versterking van het normatieve karakter van de Grondwet' als leidraad van haar werkzaamheden. Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 13. En dit in weerwil van het scepticisme hierover bij heel wat academici, al sinds jaren. Zie het overzicht bij B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland', *Recht der Werkelijkheid* 2009/2, p. 55-59.

III

Wat nu interessant is om te constateren is niet alleen dat de Grondwet of andere constitutionele normen zo nu en dan worden genegeerd of overtreden – dat is een ernstige zaak, maar desondanks zullen sommigen denken: *join the club!* –, maar ook dat die vaak niet eens voorwerp van discussie zijn op plaatsen en momenten waar dat bij uitstek mogelijk is. In het politieke en bij uitbreiding het maatschappelijke leven lijkt de Grondwet in ieder geval vaak als, maximaal, achtergronddocument te fungeren (muurbloempje),¹⁵ ver verwijderd van de alledaagse praktijk en weinig betrokken in ons denken over de inrichting van de samenleving en de oriëntatie daarvan.

Het klinkt verontrustend allemaal, maar eigenlijk zou je een dergelijk gebrek aan urgentie ook als iets positiefs kunnen zien. Want '[g]ezegend zij het land dat kennelijk een zo vaste institutionele orde kent dat de Grondwet er geen gewoon mens interesseert'.¹⁶ Blijkbaar zijn we maatschappelijk zo prudent dat we ook aan het nationale constitutionele document bij uitstek zelf, de Grondwet, weinig aandacht menen te hoeven besteden. In dit beeld past dat rapporten van staatscommissies, ook als die uitdrukkelijk op de Grondwet betrekking hebben, wonderlijk genoeg al vóór verschijning in een spreekwoordelijke lade belanden.¹⁷ Hetzelfde voor wat betreft het ontbreken van grondwettigheidstoetsing door de rechter, gekoppeld aan veelvuldige proclamaties van het primaat van de politiek. Of nog, het feit dat een herziening van de Grondwet moet samenvallen met de periodieke Kamerverkiezingen; veel maatschappelijke of politieke aandacht voor dergelijke herziening kan er dan niet worden gegenereerd, aangezien de politieke strijd wordt overschaduwd door andere kwesties dan een grondwetsherziening.¹⁸

De oorzaak van dit alles zou gelegen zijn in het sociale pluralisme waarmee we al vanaf het begin van de Republiek te leven hebben: een eerder zwak ontwikkelde constitutionele cultuur – gecompenseerd door het zogenoemde harmoniemodel¹⁹ –, heeft als voordeel dat economische en sociale ontwikkelingen soepel kunnen worden gefaciliteerd en geabsorbeerd.²⁰ Het constitutionele recht vergroot dan althans niet de spanningen die uit die veranderingen voortkomen.

Om wat beter grip te krijgen op deze kwestie is nog steeds het proefschrift, uit 1958 alweer, van J. van der Hoeven inspirerend.²¹ Volgens Van der Hoeven geldt voor alle recht dat maatschappelijke, culturele en ethische verhoudingen bepalend zijn voor de inhoud daarvan; dat is heden ten dage natuurlijk een minder opzienbarend inzicht dan

Rapporten van staatscommissies, ook als die uitdrukkelijk op de Grondwet betrekking hebben, belanden wonderlijk genoeg al vóór verschijning in een spreekwoordelijke lade

Van der Hoeven zegt niet dat het politieke leven zich noodzakelijk arbitrair voltrekt. Wel zegt hij dat constitutionele regels voortvloeien uit de politieke praktijk, en niet andersom

het destijds was. Bij het constitutionele recht is dat echter in versterkte mate het geval, omdat in het constitutionele recht de regels (mede) getoetst worden door de deelnemers aan het spel. Zodanig zelfs dat het eigen leven van de staat aan vele, vaak zelfs geschreven regels van constitutioneel recht, in het bijzonder die met betrekking tot het politieke staatsrecht – dat zijn de regels met betrekking tot de functies van, en de verhoudingen tussen, de hoogste politieke instellingen; staatsorganisatierecht – het karakter van norm ontnemt: ‘zij zijn dikwijls veeleer een min of meer correcte omschrijving van de politieke verhoudingen die bestonden op het ogenblik, waarop de regel werd geformuleerd, dan dat zij de verhoudingen zouden kunnen beheersen.’²² Deze ontwikkeling wordt nog versterkt doordat met de verdere ontwikkeling van politieke verhoudingen de constitutionele norm bovendien als momentopname aan scherpte verliest.

De argumentatie van Van der Hoeven luistert nauw, en een kwalificatie is dus op zijn plaats. Van der Hoeven zegt niet dat het politieke leven zich noodzakelijk arbitrair voltrekt. Wel zegt hij dat constitutionele regels voortvloeien uit de politieke praktijk, en niet andersom.²³ Uit het samenspel van de politieke machtsverhoudingen en de noden die de maatschappelijke praktijk stelt, groeien dus als het ware de normen die het constitutionele domein uitmaken; dat zijn dan de regels die uiteindelijk bij aanvaarding als constitutionele regel worden beschouwd, geschreven of ongeschreven. Zo bekeken worden we in Nederland met een luxeprobleem geconfronteerd: we hoeven ons niet druk te maken over de invloed of relevantie van het constitutionele recht; democratie en constitutioneel recht blijken immers zo met elkaar vergroeid dat we ons, inderdaad,²⁴ gelukkig mogen prijzen. Om het met een beeld van Loewenstein te zeggen: het constitutionele kostuum lijkt ons goed te passen.²⁵ Nederland als gidsland, stabiel en ferm doordrongen van het belang

van maatschappelijk pluralisme en tolerantie. Misschien soms wat constitutioneel onachtzaam, maar globaal genomen toch democratisch evenwichtig. In de polder bestaat tussen constitutie en politiek een gelukkig huwelijk.

Indien het voorgaande inderdaad correct is, dan moeten de constitutionele vergissingen die zo nu en dan worden gemaakt vooral worden begrepen als *accident de parcours*: waar gehakt wordt, vallen nu eenmaal spaanders! Maar uiteindelijk is er niet echt iets problematisch aan de hand. In ieder huwelijk is wel eens wat. Maar daarna gaat het leven gewoon verder.

IV

Recht is een creatie van de geest en dus een bij uitstek interpretatief gegeven; ook constitutionele normen zijn voor hun betekenis en (voort)bestaan afhankelijk van wat politici erover denken en ermee doen.²⁶ In de mate dat Van der Hoeven beargumenteerde dat politiek en constitutie (constitutionele normen) geen los van elkaar staande entiteiten zijn, had hij het bij het juiste eind. Constitutionele normen fungeren althans niet als een neutrale en statische maatstaf waaraan het politieke handelen dan vervolgens kan worden afgemeten.²⁷ Sterker nog, een zekere constitutionele elasticiteit en wederkerigheid tussen constitutie en maatschappij, is zelfs een goede zaak. De maatschappij waarvoor constitutionele normen dienen is immers steeds aan veranderingen onderhevig, en die normen moeten zich ook aan die veranderingen kunnen aanpassen.

Waakzaamheid is desondanks geboden. Van Gunsteren heeft in de context van het politieke staatsrecht afdoende beargumenteerd waarom al te veel subjectiviteit en onachtzaamheid gevaarlijk kan zijn:²⁸ zonder constitutioneel ankerpunt zou, in het ergste geval, iemand met behoefte aan daadkracht kunnen denken dat de greep

15. S.W. Couwenberg, ‘De grondwet als bron van normativiteit en identiteit’, *Civis Mundi* 3/4 2003, p.127.

16. W.J. Witteveen, ‘Hoe instructief moet de Grondwet zijn?’, *Socialisme en Democratie* 11/2008, p. 54.

17. Over de Staatscommissie Grondwet: L. Verhey, ‘De staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?’, *Nederlands Juristenblad* 2010/2282, afl. 44/45, p. 2809 en A. Meuwese, ‘Staatscommissie-Thomassen: de Grondwet als gereedschapskist voor de rechter’, *Ars Aequi* 2011, p. 291-298.

18. S.W. Couwenberg, *l.c.*, p. 127. Dat samenvallen met algemene verkiezingen geeft trouwens weer aanleiding tot een aardig rechtsvergelijkend doorkijkje. In België genereren verkiezingen namelijk juist wel

belangrijke aandacht voor constitutionele vragen: de inzet van de federale verkiezingen is immers steeds aanleiding om de verhoudingen tussen de verschillende entiteiten van de federale staat ter discussie te stellen, en die verhouding is constitutioneel sterk verschanst. Zie hierover M. Adams, *The politics of the Belgian Constitution: Can it be explained?* (nog niet gepubliceerd).

19. Die ook tot uiting komt in het systeem van proportionaliteit bij verkiezingen en een groot aantal in het parlement vertegenwoordigde politieke partijen.

20. L.F.M. Besselink, *l.c.*, p. 213.

21. Zie J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1958 (met een aanvullende beschouwing heruitgegeven in 1988).

22. *Ibid.*, p. 39.

23. Aldus ook D. De Prins, *Handboek Politieke Partijen*, Brugge: Die Keure 2011, p. 283-284.

24. Zie voetnoot 16 en het daarbij horende citaat.

25. K. Loewenstein, *Political power and the governmental process*, Chicago/London: The University of Chicago Press 1957 (2nd edition 1965).

26. Aldus ook H. van Gunsteren, ‘Het staatsrecht in de politiek’, *Nederlands Juristenblad* 2010/854, afl. 17, p. 1111-1113.

27. Ik meen overigens dat Van der Hoeven niet de cynicus of relativist is waarvoor hij door sommigen is versleten. Zo bijvoorbeeld door F. Duynstee, die in zijn bespreking van het proefschrift van Van der Hoeven meen-

de dat het onaanvaardbaar was dat de normatieve kracht door regering en Staten-Generaal zouden worden veronachtzaamd. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1959, p. 310-314. Gelijkaardige geluiden lieten Logemann en Prakke horen. Van der Hoeven lijkt mij eerst en vooral een ‘idealist zonder illusies’; hij meende vanuit een realistisch perspectief beter de krijtlijnen te kunnen identificeren waarbinnen het mogelijk is om door middel van een Grondwet naar het betere in een samenleving te streven. Weliswaar is het vooral *realpolitiek* – het ‘recht der werkelijkheid’ – die wat hem betreft uiteindelijk bepalend is voor de constitutionele maatvoering, het sluit een zeker idealisme niet uit.

28. H. Van Gunsteren, *l.c.*, p. 1113.

naar geweld een aanvaardbare optie is. Democratische politiek zonder de hevel van constitutionele normen is een onzekere onderneming!

Uiteraard is ook in de context van constitutionele normen die de verhouding tussen burger en overheid markeren, de fundamentele rechten dus, een al te stellig constitutioneel relativisme gevaarlijk. Wat nu opvalt, is dat de laatste jaren juist ten aanzien daarvan dat relativisme zich desondanks gemanifesteerd heeft. De ontwikkeling is veelal subtiel, en soms wat meer manifest. Opvallend is de situatie in het vreemdelingenrecht. Spijkerboer heeft laten zien hoe de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het rechterlijk toezicht in vreemdelingenzaken drastisch inperkt: voor wat betreft de rechterlijke toetsing van de aanhouding die aan de vreemdelingenbewaring vooraf gaat, of voor wat betreft de vaststelling van de feiten waarvan in dergelijke zaken wordt uitgegaan, of ook door middel van het formalisme dat de oordeelsvorming van de Afdeling bestuursrechtspraak kenmerkt. Hetzelfde gaat op voor wat betreft de gezinshereniging: ook ten aanzien daarvan wordt door Nederland al langer 'scherp aan de wind'

Een zekere constitutionele elasticiteit en wederkerigheid tussen constitutie en maatschappij is zelfs een goede zaak

gezeild.²⁹ Spijkerboer wijst er ook op dat het om een situatie gaat die ook werd gesteund door het regeerakkoord van september 2010, waarin stond te lezen dat het kabinet de kaders van het EVRM zoveel als mogelijk zal benutten teneinde een 'restrictief en selectief' migratiebeleid te voeren. En dit ondanks dat Nederland ter zake al een heel aantal veroordelingen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) had opgelopen.

V

Men zou nu kunnen zeggen dat onze constitutionele normen zelf niet meer aangepast zijn aan de noden van de tijd. Niet zozeer heeft het *body politic* onvoldoende aan constitutionele gewichtscontrole gedaan, maar het constitutionele kostuum zelf is versleten; de juridische werkelijkheid en de feitelijke werkelijkheid lopen dus al te zeer uiteen, ten koste van het laatste. Dat zou dan om het oplappen of misschien wel het vervangen van het constitutionele kostuum vragen.³⁰ Dit was juist wat in het regeerakkoord van 2010 stond geschreven, voor wat betreft het migratiebeleid: als verdragen moeten worden gewijzigd om onze doelstellingen te halen, dan moet dat maar.

Ik sluit de juistheid van dergelijke evaluatie niet op voorhand uit, maar het antwoord zal moeten worden geformuleerd in het licht van wat we als het meest fundamentele ethos van onze samenleving zouden kunnen begrijpen, en dat dus ook het ijkpunt moet vormen van het handelen van staat en rechter: dat is wat we plegen te

duiden als de 'democratische rechtsstaat'. Het gaat weliswaar om een veelvuldig gehanteerde frase, maar het kan geen kwaad daar desondanks (of juist daarom) wat meer helderheid over te creëren. Elk debat, en al helemaal dat over een 'goede' staatsinrichting, is immers geholpen met een zekere coördinatie van het begrippenapparaat waarvan gebruik wordt gemaakt.

Democratie en rechtsstaat zijn twee los van elkaar bestaande begrippen, waartussen logisch gezien niet noodzakelijk verband bestaat. Toch zou het historisch en normatief niet vanzelfsprekend zijn ze van elkaar los te koppelen: de rechtsstaat – i.e. de entiteit waarin een overheid gebonden is om op basis van, liefst duidelijke, algemene rechtsregels gezag over de burgers uit te oefenen –, is vandaag niet zomaar zonder democratie te koop; het gaat om intieme verbondenheid. Historisch gezien gaat het om een verworvenheid die teruggaat tot de late Middeleeuwen en die West-Europa verbindt met de Verenigde Staten,³¹ en die een wezenlijk onderdeel van onze huidige politieke en sociale moraal en het daarbij horende zelfbegrip is gaan uitmaken. Het is een moraal die is ontleend aan of zich heeft ontwikkeld uit belangrijke historische gebeurtenissen, uit daaruit voortkomende documenten (zoals het Plakkaat van Verlatinghe, de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk, de *Declaration of Independence*, de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en uiteraard het EVRM), uit rechtspraak, maar ook uit ideeën over de samenleving als een 'fair system of cooperation' (om de terminologie van Rawls te gebruiken). Die moraal toont zich met name in de gelijkheidsgedachte, begrepen als het gegeven dat iedereen gelijk recht heeft op respect als autonome en dus vrije persoon; gelijkwaardigheid.³² Het gaat er dan niet om verschillen tussen mensen weg te denken en te komen tot een gehomogeniseerde samenleving, etnisch of anderszins. Het gaat er vooral om een politiek en moreel klimaat te scheppen en te onderhouden op basis waarvan eenieder minstens een begin van mogelijkheid krijgt om iets van zijn of haar leven te maken.

Dit is overigens niet alleen een kwestie met een historische of normatieve dimensie; het is er althans ook een die uitdrukkelijk instrumenteel en empirisch relevant is: wat doet het met mensen als ze permanent worden uitgesloten van burgerschap, of tot buitenstaander worden verklaard – niet-deelgenoot aan de democratische rechtsstaat? Welke loyaliteit aan de democratische rechtsstaat mogen we dan verwachten? Tot wat voor onrust en maatschappelijke instabiliteit zal een gebrek aan erkenning van gelijkwaardigheid leiden?³³ Al te weinig worden dit soort vragen gesteld. Wederkerigheid van sociale verhoudingen en gemeenschappelijke verantwoordelijkheid zijn cruciaal in een democratische samenleving.³⁴

Zo geformuleerd toont zich ook een andere dimensie van de democratische rechtsstaat, dat is er een die met de termen gematigdheid of evenwicht geduid zou kunnen worden.³⁵ Niet toevallig is die dimensie ook juridisch verankerd in onder meer de artikelen 8-11 van het EVRM: steeds valt daarin te lezen dat beperkingen op fundamentele rechten mogelijk zijn, mits die nodig zijn in een democratische samenleving, bij wet voorzien, en ter borging van een legitiem doel. Op basis van de rechtspraak van het EHRM valt het op dat bij de toetsing van die criteria de vraag naar de

Wat doet het met mensen als ze permanent worden uitgesloten van burgerschap, of tot buitenstaander worden verklaard – niet-deelgenoot aan de democratische rechtsstaat?

proportionaliteit van een bepaalde overheidsmaatregel (verhouding middel-doel) een centrale rol inneemt.³⁶

De ontwikkeling naar een steeds repressiever en preventiever 'totaalstrafrecht', en dit onder druk van een bepaalde publieke opinie, is hier betekenisvol.³⁷ Het gaat dan bijvoorbeeld om het voorstel invoering minimumstraffen, de ontwikkeling van DNA-verwantschapsonderzoek, het afschaffen en verlengen van verjaringstermijnen en de invoering van de herziening ten nadele.³⁸ Of nog, het steeds maar uitdijende toezicht op het gedrag van burgers in de publieke ruimte. Er hangen en staan momenteel al meer dan tweehonderdduizend camera's in openbaar gebied. Een recent voorbeeld is het voornemen om de automatische kentekenregistratie uit te breiden. Hiervoor moet een lan-

delijk dekkend camerasysteem boven openbare wegen komen. Dit helpt onder meer bij het oppakken van verdachten, maar zo kunnen ook kentekengegevens worden vastgelegd en bewaard van voertuigen die toebehoren aan personen die op het moment van waarneming van hun kenteken niet de aandacht van de politie behoeven. De Raad van State, Afdeling wetgeving, is erg kritisch over het voorstel: zo blijkt niet duidelijk wanneer de camera's zullen worden gebruikt, terwijl de reikwijdte van dit gebruik enorm is! 'Door de grootschaligheid (...) bestaat het risico dat beduidend meer onschuldige personen op wier naam het voertuig staat, in de positie kunnen komen dat zij worden gerelateerd aan een misdrijf'.³⁹ Het genoemde proportionaliteitsbeginsel is hier uitdrukkelijk in het geding. Uiteindelijk gaat het hierbij om waarden die verwijzen naar idealen en opvattingen over hoe veiligheidszorg eruit moet zien, en over hoe mensen met elkaar moeten omgaan; naar de waarden die aan het samenleven van burgers ten grondslag moeten liggen, en die te maken hebben met de onderlinge verbondenheid tussen mensen, met onderling vertrouwen en solidariteit.⁴⁰ Ook vanuit die optiek heeft de kwestie uitdrukkelijk een democratische en rechtsstatelijke dimensie. Maar behalve ferme taal vanwege de Raad van State, afdeling wetgeving, is er voor de constitutionele dimensie hiervan weinig aandacht.

Zoals eerder in deze paragraaf gezegd is de situatie waarin democratie en rechtsstaat vrijwel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, het resultaat van eeuwen demo-

29. T. Spijkerboer, 'Subsidiariteit 2.0', in J. Gerards en A. Terlouw (red.), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 252 (met verdere verwijzingen). Spijkerboer wijst er ook op dat het om een situatie gaat die ook werd gesteund door het regeerakkoord van september 2010, waarin stond te lezen dat het kabinet de kaders van het EVRM zoveel als mogelijk zal benutten teneinde een 'restrictief en selectief' migratiebeleid te voeren. En dit ondanks dat Nederland ter zake al een heel aantal veroordelingen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) had opgelopen. Tevens over de behandeling van vreemdelingen in onze rechtsorde: E.M.H. Hirsch Ballin, *Burgerrechten*, Amsterdam 2011 (over hoe een gesloten opvatting over staatsburgerschap afbreuk doet aan het daadwerkelijk kunnen realiseren van mensenrechten ten behoeve van vreemdelingen): www.oratiereeks.nl/upload/pdf/PDF-3821Oratie_Hirsch_Ballin.pdf Recent tevens A.B. Terlouw, 'Fundamentele rechten van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen: een fata morgana', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, p. 9-19 (doordat illegaal verblijf in Nederland strafbaar is gesteld, is het steeds moeilijker om voor sommige vreemdelingen ook feitelijk rechten te doen effectueren).

30. Een interessante variant van dit stand-

punt is te vinden in de discussie over de rol die het EHRM moet of mag spelen in de rechtsordes van de Staten die door dat Hof 'getroffen' worden. De discussie is wat diffuus, maar speelt zich vooral af over de boeg van de eerder technische vraag naar de workload van het Hof en de meer normatieve vraag naar waar mensenrechten gestalte behoren te krijgen: op het nationale of het supranationale niveau (juridisch gezien gaat het dan over de reikwijdte van de 'margin of appreciation')? In Nederland heeft de laatste vermeldde vraag zich bovendien toegespitst op de vraag of het primaat van de rechtsvorming moet liggen bij de supranationale rechter of de nationale wetgever. Zo bijvoorbeeld S. Blok en K. Dijkhoff, 'Leg het Europees Hof aan banden', *Volkskrant* 7 april 2011. Dat de discussie bij ons aldus wordt vormgegeven, is gezien onze constitutionele cultuur en het daarbij passende art. 120 Grondwet natuurlijk geen toeval.

31. W.J. Witteveen, in WRR, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 40.

32. Ik steun hier op het gedachtegoed van Ronald Dworkin en Pierre Rosanvallon. Over de eerste M. Adams en K. Meier, 'Ronald Dworkin (1931-2013) en de democratische rechtsstaat', *Nederlands Juristenblad* 2013/436, afl. 9, p. 550-553 (met

verdere verwijzingen). Over Rosanvallon, zie in het Nederlands met name zijn *Democratie en tegendemocratie*, Amsterdam: Boom 2012. Zie over Dworkin de instructieve monografie door Van Oenen, *Conventie en rechtsintrige*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994 (die de term 'zelfbegrip', dat ook ik hier hanteer, consequent gebruikt).

33. Een mooie illustratie hiervan geeft Spijkerboer: 'Eigen landje van vluchtelingen', *NRC Handelsblad* 20 oktober 2012. Ik heb een en ander eerder proberen te thematiseren in de context van de veroordeling van het toenmalige Vlaams Blok wegens racisme (althans de veroordeling van een aantal satelliet-organisaties van die politieke partij). M. Adams, 'Geen woorden maar daden? De vrije meningsuiting van het Vlaams Blok', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2004, p. 189-196.

34. P. Rosanvallon, o.c., p. 41 (inleiding I. de Haan) en p. 162-164.

35. R. Foqué heeft deze kwestie gethematiseerd vanuit het gedachtegoed van Montesquieu, hoewel ruimer dan ik dat hier doe: 'Gematigdheid en rechtsstatelijkheid. De actualiteit van Montesquieu's erfgoed', *Trema* 2006/3, p. 97-106 en *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, Amsterdam: Forum 2010.

36. Zie hierover F. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitge-

vers 2013, p. 221-223 en p. 424-425.

37. De term komt van A.H. Klip, 'Totaalstrafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 583-593. Zie uitgebreid De Hullu over de omslag in (het denken over) de inzet van het strafrecht bij de bestrijding van criminaliteit. J. De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-13 (met vele verder verwijzingen, nuances en voorbeelden). Verder K. Rozemond, 'Wie zijn wij?', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2005, p. 3-7.

38. Zie hierover de Tilburgse afscheidsrede van Theo de Roos: *Grimmig spiegelbeeld. Het strafrecht als weerspiegeling van de maatschappelijke ontwikkelingen*, 2013 (nog te verschijnen).

39. Raad van State, Advies d.d. 23 maart 2012, No.W03.12.0008/II. Zie tevens F. Jensma, in *NRC Handelsblad* van 9 maart 2013: www.nrc.nl/rechtenbestuur/2013/03/09/binnenkort-het-totale-burgervolgsysteem

40. J. Terpstra, *Het veiligheidscomplex. Ontwikkelingen, strategieën en verantwoordelijkheden in de veiligheidszorg*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010 (ik paraphraseer hier de inzichten die in hoofdstuk 9 van dit boek tot uiting komen ('Veiligheidszorg als publiek goed').

cratisch denken en de ontwikkeling van een overeenkomstige constitutionele praktijk. Belangrijk om te constateren is dat het dus niet om een louter toevallig gegeven gaat, maar om iets dat een fundamentele maatschappelijke en juridische betekenis heeft gekregen. Vanuit die optiek kan het dan ook niet zomaar worden ingeruild voor een andere opvatting; het komt een bijzondere status toe, en stevig verankerde fundamentele rechten moeten de democratie begeleiden. Aldus biedt de democratische rechtsstaat wel degelijk een richtinggevend interpretatief kader. Niet omdat de betekenis helemaal en voor altijd in al zijn dimensies en alle omstandigheden in steen gebeiteld staat, maar omdat die logischerwijze in ieder geval niet de dwang van het meerderheidsdenken of uitsluitingsdenken kan inhouden. "Totalitarisme begint wanneer een groep zegt: 'wij zijn de gemeenschap.'" ⁴¹ In dergelijke omstandigheden is er in ieder geval geen sprake van democratie.

VI

Van constitutionele normen moeten we geen overspannen verwachtingen hebben. En voor constitutionele normen die een weergave zijn van wat het recht ook feitelijk vermag, valt veel te zeggen. ⁴² Maar wanneer de democratische en rechtsstatelijke cultuur aan het versloffen is, dan kan het desondanks een zinvolle optie zijn om daar over de boeg van de ontwikkeling van een beter politiek en maatschappelijk constitutioneel bewustzijn aan te werken.

Tussen constitutie en politiek, tussen rechtsstaat en democratie, bestaat reciprociteit. Ik heb echter de indruk dat vandaag heel wat constitutionalisten de relatie tussen politiek en constitutionele normen veeleer vanuit het standpunt van de politiek bekijken: als eenrichtingsverkeer dus, waarbij het de politiek is die de inhoud van de constitutionele normen uitmaakt. Toch lijkt het me niet onredelijk te veronderstellen dat constitutionele normen ook invloed kunnen uitoefenen op de kwaliteit van de politiek en de democratie. De democratische rechtsstaat kan in ieder geval niet alleen op de automatische piloot vliegen, ⁴³ maar heeft ook actieve sturing en ondersteuning nodig. En het heeft wel degelijk meerwaarde om debatten die wezenlijk betrekking hebben op de richting die de samenleving uit gaat, waar mogelijk te 'framen' en te verrijken met het constitutionele perspectief. Daardoor bieden we onszelf de kans om beter in te zien dat aan democratische en rechtsstatelijke waarden, en de constitutionele normen die deze waarden belichamen, juridisch en maatschappelijk bijzondere status toekomt. We positioneren die waarden en normen dan bovendien midden in het politieke en maatschappelijke debat, en we kunnen daarmee laten zien dat de belangen die ermee verbonden zijn verder reiken dan wat veelal slechts binnen het kader van een specifieke casus wordt besproken.

Maar om een robuuste constitutionele cultuur te kunnen bewerkstelligen moet er uiteraard wel een discussietraditie bestaan met interessante discussiepartners, steunend op bloeiende en mondige levensvisies en een beschouwend vermogen van burgers; ook wel *civil society* genoemd. Tevens moet er dan opvoeding en menselijke wijsheid zijn, naast morele ervaring die wordt herinnerd en doorgegeven. ⁴⁴ En laten we daarbij niet uit het oog verliezen dat constitutionele normen niet alleen een voor de overheid beperkende rol hebben, zoals zo vaak wordt gesteld. Ze conditioneren integendeel tegelijkertijd de debatsfeer die zo

onontbeerlijk is voor de zojuist bepleitte constitutionele cultuur. ⁴⁵ Het recht op vrije meningsuiting heeft immers niet alleen als implicatie dat ik moet kunnen zeggen wat ik wil, het gekste eerst; het betekent ook, en misschien zelfs vooral, de bijna onvoorwaardelijke mogelijkheid om überhaupt een gesprek te kunnen aangaan. Spreken is immers geen individuele aangelegenheid, het is spreken *tot* en aangesproken worden *door*. ⁴⁶ De vrijheid van meningsuiting bezit dus bij uitstek een publiek of sociaal gehalte. Hetzelfde geldt voor het recht op privacy, een recht dat onder meer ook tot gevolg heeft dat ik in principe ongehinderd socialiteit kan cultiveren. Privacy ontplooit zich aldus als dé basisvoorwaarde op basis waarvan iedere justitiabele zijn individualiteit *in het sociaal verkeer* in de grootst mogelijke vrijheid kan uitoefenen. Constitutionele normen lanceren ons in die zin in de vele netwerken, rollen en verbanden die het sociale leven rijk is. ⁴⁷

VII

Een van de uitdagingen waarvoor de samenleving ons stelt, is dat deze zich juist keert tegen het soort van abstracties en hoogdravende idealen, zoals zojuist onder woorden gebracht. ⁴⁸ Heel wat burgers zien en ervaren de democratische rechtsstaat als een concept om (vermeende) maatschappelijke problemen te negeren; dus als discussiestopper. In die zin houdt het respect voor de democratische rechtsstaat niet over, om nog maar te zwijgen over de constitutionele dimensie hiervan. ⁴⁹ Bas Heijne omschrijft het als volgt: 'Wanneer er in de cultuur een tendens bestaat om alles steeds persoonlijker te maken, wanneer er in een commerciële massacultuur meer en meer de nadruk wordt gelegd op het primaat van de belevingswereld, de subjectieve blik als middel tot zelfverwer-

Constitutionele normen lanceren ons in de vele netwerken, rollen en verbanden die het sociale leven rijk is

kelijking, dan zal er weinig animo zijn voor begrippen waarin naar een zo groot mogelijke objectiviteit wordt gestreefd, naar instituten die benadrukken buiten, of liever gezegd, boven jouw kleine wereld te staan.' ⁵⁰

Hier manifesteert zich een paradox. Een gezonde democratie vereist immers dat het politieke en institutionele handelen, inclusief de 'zegeningen' van de democratische rechtsstaat, permanent moeten kunnen worden bevraagd door de *civil society*. ⁵¹ Dat moet gebeuren in de debatsfeer waar in de vorige paragraaf over werd gesproken. ⁵² Maar die bevraging mag tegelijkertijd niet leiden tot een teloorgang van het politieke en de instituties. Een democratische rechtsstaat zonder *civil society* zal teloorgaan, maar zonder politiek en stevige instituties zal een

democratie mét *civil society* evenmin overleven. De *civil society* zal, wil zij succesvol zijn en een positieve invloed hebben op het politieke gebeuren, versterkte verhoudingen moeten doorbreken, nieuwe thema's op de agenda moeten plaatsen en de discussie over de richting van de samenleving mee moeten stimuleren. Maar een té sterke *civil society* – dat is er een die alles al te persoonlijk neemt – kan ontaarden in een belangengroependemocratie. Geïstitutionaliseerde politiek en stevige instituties blijven wezenlijk in een hedendaagse democratie, omdat die worden geacht het 'algemeen belang', waarvan de democratische rechtsstaat een van de meest wezenlijke onderdelen is, te behartigen. Dat vraagt om speelruimte, nodig voor onderhandelingen en compromissen.⁵³ Hierdoor opent zich de mogelijkheid, ook in temporele zin (niet alleen haastpolitiek!), om te bemiddelen tussen het algemene en abstracte enerzijds, en het bijzondere en concrete anderzijds; en tussen de 'volonté de tous' en de 'volonté générale'. Kortom, *civil society* en professionele politiek en instituties moeten elkaar ondersteunen, controleren en corrigeren waar nodig, maar een zeker verschil tussen de twee blijft belangrijk.⁵⁴ Als hard en zacht zijn ze tot elkaar veroordeeld zonder ooit gelijk te worden.

Hoe nu kunnen we de democratische rechtsstaat en de juridische ondersteuning hiervan door het constitutionele, vitaal maken of houden in de hedendaagse mediacultuur? Want juist hierin wordt nu de door mij bepleite distantie ter discussie gesteld en zelfs betwist. En is dat laatste immers niet de kern van het populisme, onder woorden gebracht onder de bijtende en verwijtende vigeur van een gebrek aan politieke aandacht voor de 'echte problemen'

(anti-establishment retoriek)? De politieke elite en haar elitaire politiek die tegenover de gewone burger, de volkmens, wordt geplaatst: als tegenstander.⁵⁵ Als gevolg daarvan is de politiek zelf ook aan het 'vermarkten', is althans het marktprincipe de schaduwgezel van de democratische rechtsstaat geworden.⁵⁶ Helaas verhouden die laatste twee zich niet goed tot elkaar; de democratische rechtsstaat, zo bleek, is meer dan een optelsom van neuzen.

VIII

Eenvoudige recepten voor het omgaan met deze paradox zijn er niet, al was het maar omdat het 'algemeen belang' zelf wezenlijk betwist is. Ik bepleit afstand, maar geen afstandelijkheid. In die zin lijkt het welhaast onvermijde-

Het marktprincipe is de schaduwgezel van de democratische rechtsstaat geworden

lijk om de eigenschappen van de hedendaagse mediacultuur zelf in te zetten bij een vitalisering van het constitutionele en van de democratische rechtsstaat. Want '[w]ie uit afkeer van de toenemende emotionaliteit en de daar-

41. P. Rosanvallon, o.c., p. 57. Zie tevens EHRM: '[The Court] has held that although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of the majority must always prevail.' EHRM 2 February 2010, 25196/04 (Christian Democratic People's Party 2), par. 21.

42. Vergelijk de visie van Russel Hardin: 'A constitution, if it is to work in bringing about and maintaining social order, must be self-enforcing.' R. Hardin, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 9. Hardin's visie dat constitutionele normen alleen maar nuttig zijn indien ze heel direct aansluiten bij de politieke en maatschappelijke realiteit (waardoor ze self-enforcing zijn), mondt uit in een pleidooi voor een minimalistische constitutie. Dit laatste standpunt deel ik niet, maar het voert te ver hier al te diep op zijn gedachtegoed in te gaan.

43. R. Foqué, *De democratische rechtsstaat: een onrustig bezit?*, p. 62-63.

44. Vergelijk F. De Wachter, 'Politiek en het goede leven', in B.J. De Clercq e.a. (red.), *De Burger en zijn Staat*, Leuven, Davidsfonds, 1998, p. 45.

45. Dit belang geldt temeer in Nederland, waar constitutionele toetsing door de rechter ontbreekt (en er voorlopig ook niet gaat komen, hoewel het wetsvoorstel ter zake in tweede lezing wel aanhangig is; de toepassing van art. 94 Grondwet kan tot op zekere hoogte natuurlijk als substituuat worden gezien): de overheid wordt immers geacht hoeder van de democratische rechtsstaat te zijn (onder meer door fundamentele rechten realistisch mogelijk te maken), maar is als beleidsmaker tegelijkertijd de bedreiging ervan. Deze dubbele hoedanigheid kan wringen en vereist dus nog meer dan gewoonlijk een publieke debatacultuur die als extra controlemiddel fungeert. Vergelijk O. Floris, M. Burkens en H. Kummeling, *Grondrechtenbescherming door algemene wetten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994.

46. F. De Wachter, 'Mensenrechten: de moraal van de 21ste eeuw?', in B. Raymaekers en A. Van De Putte (red.), *Een nieuw wereldbeeld voor een nieuwe mens? Lessen voor de eenentwintigste eeuw*, 1995, Leuven: Universitaire Pers/Davidsfonds, p. 44.

47. *Ibid.* S. Gutwirth, 'De toepassing van het finaliteitsbeginsel van de privacywet van 8 december 1992,' *Tijdschrift voor Privaat-*

recht 1993, p. 1407-1477. Vergelijk het negatieve en positieve constitutionalisme van Stephen Holmes: *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago: University of Chicago Press 1995.

48. B. Heijne, 'Twee gezichten van de rechtsstaat', in S. Harchaoui en J. Jonkers (red.), *Leve de rechtsstaat!*, Den Haag: Boom Lemma 2010, p. 133.

49. Hoe zou dat ook kunnen nu de Nederlanders bijzonder weinig kennis van de Grondwet hebben? Zie hierover B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland', *Recht der Werkelijkheid* 2009/2, p. 55-79.

50. B. Heijne, o.c., p. 132.

51. *Civil society* is een ruim begrip, met uiteenlopende en elkaar overlappende associaties. Het kan verwijzen naar de verantwoorde of zorgzame samenleving, naar tegenmacht of naar verenigingen, ngo's, verbanden van vrijwilligers etc. Hier versta ik het als de maatschappelijke sfeer waarin burgers eerst en vooral *als burgers* – dus niet als vertegenwoordigers van een specifiek belang: zieken, consumenten etc. – met elkaar relaties aangaan om zich te engageren met het oog op kwesties van algemeen of gemeenschappelijk belang. E. Borgman, G. van den Brink, P. Dekker en

W. Witteveen, 'Naar een heruitvinding van de *civil society*', in G. van den Brink (red.), *De Lage Landen en het hogere*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, p. 530.

52. Zie ook L. Huyse, 'Politieke cultuur: van oud naar nieuw en terug?', in B. Raymaekers en A. Van de Putte (red.), *Denken voor morgen. Lessen voor de eenentwintigste eeuw*, Leuven: Universitaire Pers/Davidsfonds 1998, p. 220-222.

53. Zie hierover pertinent D.H.M. Meeuwissen, *Capita Selecta van Rechtsfilosofie*, Groningen: University Press 2002, p. 208-209.

54. Juist in die handelingsruimte ten behoeve van het algemeen belang, ligt volgens mij de betekenis van de frase van 'het primaat van de politiek' besloten. Hierover in gelijkwaardige zin ook H.D. Tjeenk Willink, *Niet de beperking, maar de ruimte. Beschouwingen over democratie en rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 23.

55. Zie verder M. Adams, 'Populisme en parlementaire democratie', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2008, p. 267-277.

56. Vergelijk F. Zakaria, *De toekomst van de vrijheid. De paradoxen en schaduwzijden van democratie*, Amsterdam: Contact 2004, p. 207.

bij horende subjectiviteit de rechtsstaat ver buiten het dagelijkse gewoel probeert te houden, praat in het luchtledige.⁵⁷ Heijne heeft het over het bewerkstelligen van een nieuw vertrouwen in de rechtsstaat.

Zoiets gaat natuurlijk niet vanzelf, daar moet aan gewerkt worden. Ook 'de academie', zéker de academie, mag op dit vlak niet afstandelijk zijn. Die moet en kan zich manifesteren als faciliterend intermediair. Ook de universiteiten moeten de voorwaarden scheppen voor het onderhouden en verder tot ontwikkeling brengen van een robuuste, constitutionele cultuur. Het is onvermijdelijk dat er op inhoudelijk gezaghebbende wijze leiding wordt gegeven aan die vitalisering. Constitutionele normen en de democratische rechtsstaat zijn geen concepten die zomaar vermarkt kunnen worden. We moeten durven erkennen dat zonder oriëntatie op enig inhoudelijk gezag er een risico van verkeerde keuzes is.⁵⁸ Maar het door mij bepleite gezag zal wel – zoals gezegd – gebruik moeten maken van de moderne media-cultuur en zich onder meer hierdoor niet afstandelijk opstellen.

Nu wordt het uitoefenen van gezag in de context van kennisoverdracht vaak als eenrichtingsverkeer gezien: van zender naar ontvanger, van inhoudsdeskundige naar (potentieel) leergierige, van docent naar student of leerling.⁵⁹ In dergelijke exercities schuilt inderdaad het risico van afstandelijkheid. Kennisoverdracht op zijn best bedient zich echter van wederkerigheid, vooral in een complexe samenleving als de onze. Een van de manieren om hieraan tegemoet te komen is de ontwikkeling van websites waarin rechtswetenschappelijke gedegenheid wordt gecombineerd met een in de eenentwintigste eeuw passende open structuur; open niet alleen voor raadpleging, maar ook voor (het stimuleren en verwerken van) reacties, suggesties, vragen en ervaringen van degenen die met het constitutionele te maken hebben.⁶⁰ Het gaat om het ontwikkelen van een constitutionele dialoog langs de elektronische snelweg, waarover al het moderne verkeer beweegt. Daarbij staat natuurlijk niet slechts een enkel historisch document, al weze het de Grondwet, centraal. En laten we bij dit alles steeds in het achterhoofd houden dat ook de democratische rechtsstaat onderdeel van een onvoltooid project is. In die zin staat deze voor een fenomeen dat ook wel een streefmoraal wordt genoemd ('morality of aspiration').⁶¹ Dat is niet zoveel een oud-testamentische moraal, maar een *ideaal* dat aanwezig is in de publieke en morele cultuur van een samenleving of groep, waarvan de voorstellingen verschillen en waaraan het praktisch handelen nooit helemaal tege-

moet kan komen.⁶² Het is geen kwestie van alles-of-niets, maar van voortdurend debat, in die samenleving dus, niet erboven.

Uiteindelijk moeten we komen tot de ontwikkeling van wat ik hier 'constitutionele geletterdheid' noem. Dit roept overeenkomsten op met het concept van *cultural literacy* zoals dat gemunt werd door de Amerikaanse letterkundige E.D. Hirsch.⁶³ Hirsch stelt dat om op een betekenisvolle wijze te kunnen communiceren, burgers moeten steunen op een minimaal aanwezige gezamenlijke 'body of knowledge'. Daarvoor is meer vereist dan kennis van woorden en feiten alleen, er is ook een breed gedeelde contextuele kennis (cultuur) voor nodig.⁶⁴ 'The complex undertakings of modern life depend on the cooperation of many people with different specialties in different places. Where communications fail, so do the undertakings. (That is the moral of the story of the Tower of Babel).'⁶⁵ Hirsch benadrukt dat een te grote informatieasymmetrie communicatie zo kan bemoeilijken dat een bepaalde dienstverlening zelf niet meer kan worden uitgeoefend. Laat overigens duidelijk zijn dat het hierbij niet alleen om een instrumentele kwestie gaat. In de woorden van Hirsch: 'Ultimately our aim should be to attain literacy at a very high level, to achieve not only greater economic prosperity but also greater social justice and more effective democracy.'⁶⁶ Alle reden dus om werk te maken van constitutionele geletterdheid.

IX

Ik keer terug naar de inleiding van mijn betoog. Ik begon met het aanhalen van de zienswijze dat iedere democratie rust op de pijlers van legitimiteit en slagkracht. Daarna volgde een pleidooi om hetzelfde te bewerkstelligen en te bevorderen vanuit constitutioneel perspectief, ter wille van de democratische rechtsstaat. Natuurlijk erken ik de *conditio sine qua non* van de geest van vrijheid, pluralisme en solidariteit. Is die afwezig, dan is een revitalisering van het constitutionele domein een zinloze exercitie. Blijkt er echter ook maar iets van die geest aanwezig, als een minimale waakvlam, dan heeft het wel degelijk zin om ook vanuit een constitutioneel perspectief de democratische rechtsstaat te bevorderen. Want 'when the spirit of liberty still lives in the hearts of men and women then law, courts, and constitutions are the indispensable oxygen, indispensable to keep that flame of liberty still alive.'⁶⁷ Sterker nog, juist om de waakvlam brandend te houden is er alle reden om te werken aan constitutionele geletterdheid. ●

57. B. Heijne, o.c., p. 134.

58. F. Zakaria, o.c., p. 207.

59. De poging in oktober 2007 om de Grondwet in gewoon Nederlands te vertalen, is daar een interessant voorbeeld van. Kortmann laat zien hoe dit overigens mis kan gaan: art. 3 van de Grondwet is daarin zo vertaald dat iedere Nederlander recht heeft op een baan bij de overheid! C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerpreccht, oude dame of

frisse juf?', in *De Grondwet herzien, 25 jaar later*, Directie Constitutionele Zaken, 2008, p. 9, voetnoot 10.

60. Zie bijvoorbeeld: www.nederland-rechtsstaat.nl

61. L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1969, p. 5-6.

62. Zie hierover W. van der Burg, 'Het belang van idealen', in W. van der Burg en F.W.A. Brom (red.), *Over idealen. Het*

belang van idealen in recht, moraal en politiek, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 1-23. In gelijkaardige zin J. Griffiths, 'Bestaat de rechtsstaat?', in J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1989, p. 87-103.

63. E.D. Hirsch, *Cultural Literacy. What Every American Needs to Know*, New York: First Vintage Books, 1988.

64. De algemene kennis die Hirsch voor

ogen heeft, begeeft zich op vele domeinen: literatuur, geschiedenis, filosofie, staatkunde, aardrijkskunde, natuurwetenschappen, enz.

65. E.D. Hirsch, o.c., p. 2.

66. *Ibid.*, p. 2.

67. R. Dworkin, 'What is Democracy?', in G.A. Tóth (ed.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest/New York: Central European University Press 2012, p. 33-34.